

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

RODRIGO FERREIRA RODRIGUES SOUTO

**DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO EM FACE À
DEFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO NA AÇÃO PENAL 470
JULGADA PELO PRETÓRIO EXCELSO**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2015**

RODRIGO FERREIRA RODRIGUES SOUTO

**DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO EM FACE À
DEFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO NA AÇÃO PENAL 470
JULGADA PELO PRETÓRIO EXCELSO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Fundação Universidade Federal de Rondônia –
UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves
Quiles – Cacoal, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada
sob a orientação do professor Me. Bruno Milenkovich
Caixeiro.

**CACOAL - RO
2015**

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO EM FACE À DEFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO NA AÇÃO PENAL 470 PELO PRETÓRIO EXCELSO

RODRIGO FERREIRA RODRIGUES SOUTO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor Me. Bruno Milenkovich Caixeiro

Professora Me. Kaiomi de Souza Oliveira Cavalli

Professor Me. Victor de Almeida Conselvan

Conceito: _____

Cacoal, ____de _____de 2015.

Dedico este trabalho a minha filha Débora, que com um simples sorriso, faz a minha vida mais feliz.
Aos meus pais Marcus e Rejane, que dedicaram suas vidas à felicidade de seus filhos, mostrando para isso o caminho da retidão.
À minha esposa e companheira Jucieli, que sempre me deu apoio e fez dos meus sonhos os dela.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus por, neste momento tão difícil da vida acadêmica, me fortalecer espiritualmente para poder superar tal dificuldade.

À minha filha Débora que, por conta dela, me faz melhorar e me capacitar mais e mais.

Aos meus irmãos Rebecca e Marcus por sempre acreditarem no meu potencial.

Ao meu orientador, Professor Me. Bruno Milenkovich Caixeiro, por ter me conduzido da melhor forma possível na busca da confecção de um trabalho científico que pudesse oferecer ao meio jurídico-acadêmico uma nova perspectiva de uma problemática social.

À Professora Me. Daeane Zulian Dorst, orientadora da disciplina Monografia II, pela dedicação com que se empenhou para instruir seus acadêmicos na conclusão do trabalho.

RESUMO

O trabalho em questão apresenta a possibilidade de aplicação da Teoria do Domínio do Fato no processo penal brasileiro, uma das teorias norteadoras do concurso de pessoas no fato delitivo, especificamente em casos em que há um conjunto probante deficiente, bem como, demonstrar a possível má interpretação de tal teoria em alguns julgados brasileiros. Baseando-se em um Estado Democrático de Direitos, a problemática apresentada no decorrer do trabalho, demonstra-se divergentemente aos princípios constitucionais que norteiam o processo penal, como o princípio da Legalidade, do Devido Processo Legal, o da Ampla Defesa e do Contraditório, bem como todos os outros, explícitos ou implícitos, de caráter garantista. Uma das abordagens principais do trabalho será a demonstração da importância do corpo de provas, de forma consistente, para o processo penal, bem como identificar se há ofensa à própria legitimidade das sentenças proferidas e motivadas por tal Teoria em questão. Para sua realização foi utilizado o método da dogmática e o procedimento técnico aplicado foi de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Teoria do Domínio do Fato. Estado Democrático de Direitos. Princípios Constitucionais. Legalidade. Provas.

ABSTRACT

The work in question has the possibility of applying Apparel Domain Theory in the Brazilian criminal proceedings, one of the theories guiding the services of persons in delitivo fact, specifically in cases where there is a deficient probative set, as well as demonstrate the misinterpretation of such a theory in some Brazilian judged. Based on a Democratic State of Rights, the issue presented in this work, we demonstrate divergently to the constitutional principles that guide the criminal proceedings, the principle of legality, the due process of law, the Comprehensive Defense and adversarial, and all others, explicit or implicit, of garantista character. One of the main approaches of the work will be demonstrating the importance of the body of evidence, consistently, for the criminal process and identify if there is injury to the very legitimacy of judgments and motivated by this theory in question. For its realization we used the method of dogmatic and the applied technical procedure was literature.

Keywords: Fact Domain Theory. Democratic State of Rights. Constitutional principles. Legality. Evidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O CONCURSO DE PESSOAS	10
1.1 TEORIAS DO CONCURSO DE AGENTES	11
1.2 REQUISITOS DO CONCURSO DE PESSOAS	13
1.3 CO-AUTORIA E PARTICIPAÇÃO	14
1.4 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO	20
2 FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	24
2.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS: LIBERDADE COMO REGRA.....	Erro! Indicador não definido.
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: BÚSSOLA DO PROCESSO PENAL, SEGUNDO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS	Erro! Indicador não definido.
2.3 PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA.....	32
3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	36
3.1 DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	38
3.2 AÇÃO PENAL 470 - ANÁLISE DOS VOTOS	41
3.3 OFENSA AOS IDEAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

A escolha pela pesquisa do tema proposto aqui se justifica pela afinidade que o autor tem com a matéria, direito penal, e com a possibilidade de se encontrar respostas, ou caminhos mais adequados a questões controvertidas dentro do direito.

O presente trabalho tem por objetivo dispor a discussão, dentro das matérias de direito processual penal e direito penal, do tema concurso de agentes, suas teorias, aceitas ou não pelo ordenamento jurídico nacional, o posicionamento doutrinário, tanto o nacional como o internacional, analisando casos concretos julgados pelos nossos tribunais, em especial, o julgamento da ação penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal sobre crimes políticos e a aplicação, adequada ou não, da Teoria do Domínio do Fato, segundo o que dispõem os Princípios Constitucionais da Legalidade, Devido Processo Legal, Busca da Verdade Real e outros elencados no decorrer do trabalho.

A Teoria do Domínio do Fato, e sua mais adequada aplicação, que é o objeto desta pesquisa acadêmica, criada por Hanz Welzel de 1939, e aperfeiçoada por Claus Roxin no ano de 1963, afirma que é autor delitivo não apenas aquele que executa o verbo núcleo da conduta delitiva, mas sim todo aquele que detém ou pode ter em seu poder (seu domínio) o resultado final do crime e consequentemente da conduta. Diante disso, em uma análise exclusivamente legalista indagasse se a Teoria do Domínio do Fato estaria sendo utilizada de maneira equivocada e demasiada a fim de suprir a falta de provas que configurem a autoria intelectual nas organizações delitivas, mostrando-se, dessa forma, uma verdadeira prestação jurisdicional não efetiva, e se houve respeito ao Princípio da Anterioridade no julgamento da ação penal, acima citada pelo Supremo Tribunal Federal.

Partindo de uma análise doutrinária, embasada em uma pesquisa bibliográfica sob o método dogmático a partir de Ferraz Junior (ano), elencados na verticalização do Positivismo Jurídico Kelseniano, tal pesquisa busca analisar a fundamentação e os pressupostos legais dos votos dos ministros do Pretório Excelso que levaram a condenação de um dos réus do caso do “mensalão”, decidindo pela aplicação da

Teoria do Domínio do Fato, bem como verificar se houve ofensa ao Estado Democrático de Direito, norteado pela subsidiariedade e excepcionalidade da restrição da liberdade do indivíduo.

Vislumbra-se com a pesquisa aqui exposta, fundamentada pela dúvida da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, de uma Teoria alemã ao caso concreto, a verificação da possibilidade de equívoco do Tribunal, por motivos alheios aos inerentes ao legalismo jurídico, sendo justificado, dessa forma, ou ao clamor público ou a interesses políticos. A pesquisa aqui proposta objetiva somar para a dialética jurídica, afim de que as discussões sobre o tema sejam cada vez mais revestidas de qualidade acadêmica, pois o fruto que se obtém de exaustivos debates, mesmo em temas já abordados em outros tempos, acompanhando dessa forma a mutação do direito e sociedade, é um verdadeiro aperfeiçoamento e afinamento no entendimento de tal Teoria e, conseqüentemente, de sua devida aplicação.

O primeiro capítulo foi destinado a apresentar as teorias doutrinárias sobre o concurso de pessoas, especificamente sobre autoria delitiva, tendo como base, doutrinadores nacionais e internacionais. Já o segundo capítulo, dedicou-se a explanar os princípios elencados no processo penal, subordinados aos preceitos e garantias constitucionais, e suas possíveis ofensas frente ao tema em questão. Finalmente, o terceiro capítulo se destinou a verificação a possibilidade de inadequada ou adequada, frente a análise dos votos fundamentadores da aplicação ou da não aplicação da referida Teoria do Domínio do Fato.

A pesquisa acadêmica sobre temas controvertidos no direito gera para a sociedade uma segurança jurídica a respeito dos direitos e garantias individuais, visto posto que, sanando tais controvérsias, o Estado não tem liberdade para atuar como bem queira, protegendo o indivíduo e o colocando em um patamar de quase igualdade para com este Estado.

1 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E O CONCURSO DE PESSOAS

Um dos casos mais recente de corrupção julgado pelo Supremo Tribunal Federal, ação penal nº 470 de 2012, popularmente conhecida como o caso do “mensalão” vislumbrou a aplicação da teoria do domínio do fato ante a presença do concurso de pessoas.

Entretanto, alguns possíveis equívocos podem estar sendo cometidos por tribunais, portanto em outros casos do nosso ordenamento jurídico, em decorrência da carência de conhecimento, ou de má interpretação sobre o tema. Fato é que o Direito demanda atualização constante e nem todos os profissionais do judiciário dedicam-se a isso.

Em decorrência desta possível inadequada interpretação e de possíveis má aplicação de tal Teoria, para garantir o Princípio da Segurança Jurídica, o Estado Democrático de Direito, segundo Siqueira Junior (2006), faz refletir no direito processual o equilíbrio entre a exigência de repercussão social (defesa social) e a salvaguarda dos direitos individuais, estabelecendo uma linha tênue entre liberdade individual e limite do poder público.

O Código Penal destina em sua redação apenas três artigos para inserção do concurso de pessoas no ordenamento jurídico, de modo que abordar as questões teóricas e doutrinárias sobre o tema se faz imprescindível para complementação do real objetivo do legislador em relação à vontade pública.

O concurso de agentes ocorrerá quando duas ou mais pessoas concorrerem para a prática de um crime. Algumas teorias cercam o tema, sendo necessário compreender cada uma delas e determinar qual foi adotada pelo ordenamento jurídico pátrio. Segundo o item 25 da Exposição dos Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, este romperá com a tradição originária do Código Criminal do Império, sendo certo que esta legislação adotou a Teoria Unitária ou Monista do Código italiano.

Em regra, os tipos previstos na Parte Especial do Código Penal referem-se à conduta de um único agente. Contudo, o fato punível pode ser realizado por duas ou mais pessoas. Essa reunião dá origem ao chamado *concursum delinquentium*, ou seja, concurso de delinquentes, concurso de agentes ou co-delinquência.

1.1 TEORIAS DO CONCURSO DE AGENTES

Diante de uma situação na qual dois ou mais indivíduos concorrem para a prática de um único crime, há que se determinar de que forma cada um deles deverá ser responsabilizados. Trata-se de mensuração da culpabilidade de cada um dos co-delinquentes.

Com isso, surgem então diversas teorias que buscam determinar de que forma a lei penal deverá ser aplicada a cada um dos agentes.

1.1.1 Teoria unitária

A Teoria unitária, também nomeada monista, vislumbra o crime como sendo um apenas, ainda que tenha sido cometido por diversos agentes.

Segundo esta teoria, todos aqueles que concorrerem para a prática de um delito cometem o mesmo crime, não havendo distinção no enquadramento típico do autor e do partícipe.

Vislumbra-se que todo aquele que contribui para o crime, mesmo que minimamente, deve responder por ele integralmente. É unitária porque ainda que o crime seja praticado por vários agentes permanece uno, indivisível. O crime em si é resultado da pluralidade das condutas. O Código Penal de 1940, originariamente, adotou esta teoria quando determinou em seu artigo 25 que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”.

A crítica à aplicação desta forma da teoria residia na punibilidade exagerada que se daria àqueles que minimamente teriam concorrido para o crime. A lei permitia que o indivíduo participasse mais efetivamente do delito, pois qualquer que fosse sua contribuição para ele seria aplicada a pena da mesma forma.

Em 1984, com a reforma do código penal, o concurso de agentes passa a ser previsto no art. 29 que determina que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Surgiram, então, conceitos como autoria, co-autoria e participação, sendo medida a culpabilidade e contribuição de cada um dos agentes que concorressem para a prática de um delito.

Zaffaroni (2002, p. 665) entende que quando o art.29 estabelece “quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, não se deve compreender que todos os que concorrem para o crime sejam autores, mas que tão somente estão sujeitos à mesma pena base, e como base neste entendimento, todos serão responsabilizados proporcionalmente pelo grau de reprovabilidade, legal e social, de sua conduta.

A despeito das mudanças quanto à culpabilidade, o código penal permanece adotando como regra a teoria monista, ressalvadas algumas exceções visualizadas no próprio Código Penal.

No parágrafo 2º do artigo 29 o Código estabelece que "se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste". Logo, ainda que os agentes tenham colaborado para o mesmo delito, aquele que quis participar de um menos grave estará sujeito a pena diversa.

Bitencourt (2002, p. 378) defende que a reforma penal de 1984 adotou a teoria monista como regra, sendo esta mitigada pela proporcionalidade da conduta delitiva, podendo também ser identificadas exceções da aplicação de teorias diversas.

1.1.2 Teoria dualista

Segundo a teoria dualista, havendo concurso de pessoas, não há um único crime, mas um delito para cada conduta especificamente.

Esta teoria foi rejeitada pelo Código Penal, entretanto em algumas exceções aplica-se o entendimento nela implícito. É o caso do aborto realizado conscientemente pela gestante. Neste caso a mulher responde por um delito enquanto que o médico ou profissional que realiza a intervenção responde por outro.

A despeito do caso relatado, a teoria dualista em si traz à tona os conceitos de autor e partícipe. Segundo ela aquele que pratica o verbo núcleo do delito, da execução ao crime, seria o autor enquanto que o sujeito responsável por ações secundárias e acessórias seria o partícipe.

Como mencionado, ainda que seja possível visualizar sua aplicação no Código Penal, não é a teoria aplicada pelo ordenamento jurídico penal, salvo as

exceções comentadas, segundo o já citado item 25 da Exposição dos Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. Lei nº 7.209, 11 de julho de 1984.

1.1.3 Teoria pluralista

Para a teoria pluralista, segundo Capez (2011, p. 366) “cada um dos participantes responde por um delito próprio, havendo uma pluralidade de fatos típicos, de modo que cada partícipe será punido por um crime diferente”, existindo uma pluralidade de pessoas corresponderá uma pluralidade de crimes. Cada indivíduo responde então por um crime específico.

Importante frisar que a pluralidade de crimes impõe uma pluralidade de condutas, elementos psicológicos e resultado.

1.2 REQUISITOS DO CONCURSO DE PESSOAS

É de se entender da leitura doutrinária que o concurso de pessoas seja vislumbrado no caso concreto, é necessário que sejam preenchidos alguns requisitos elencados pela doutrina. Segundo Bittencourt (2012), em referência aos requisitos do concurso de pessoas, “a pluralidade de condutas, tratando-se esta, do principal requisito para que haja concurso de agentes”.

Mesmo que todas as pessoas ajam com o mesmo fim, cada um desempenhará uma conduta diversa. Estas condutas poderão corresponder à prática concomitante do verbo núcleo do tipo (coautoria), ou a prática do verbo núcleo do tipo cominado a condutas acessórias (participação). Cada agente contribuirá individualmente para o desdobramento causal do evento, respondendo todos pelo mesmo crime em razão da teoria unitária adotada pelo Código Penal Brasileiro. Ainda sobre isso, dispõe Bittencourt (2012) que “a relevância causal de cada uma das condutas: além de pluralidade de condutas, tem-se ainda que elas deveriam ser igualmente relevantes no desdobramento causal do evento”. Se a conduta não contribuir de forma alguma para a eclosão do resultado não será apta a ensejar o concurso de pessoas, mesmo que fosse essa a intenção do agente. Neste caso, tem-se que a causalidade corresponde ao liame entre os diversos comportamentos culminando na prática de um único crime. Isto posto, para que o

comportamento componha o concurso de pessoas ele deverá ter eficácia causal, provocando, facilitando ou ao menos estimulando a realização da conduta principal.

Também está previsto como elemento formador do Concurso de Pessoas o liame subjetivo entre os participantes (concurso de vontades): para que haja concurso de agentes, é imprescindível a constatação de unidade de desígnios. Deverá haver o mesmo intuito no cometimento do crime mediante uma cooperação desejada e recíproca; para tanto, deverá haver entre os indivíduos a consciência de que agem em comum. Trata-se de elemento psicológico, sendo que a sua ausência dá ensejo à autoria colateral. Contudo, ainda que haja necessidade de verificação deste requisito, não é necessário que haja prévio acordo entre as partes, mas tão somente que uma vontade adira à outra.

Por último, segundo Bittencourt (2012) a identidade da infração penal para todos: diante do fato de que o código penal adota a teoria monista ou unitária, “para que haja o concurso de agentes deverá haver a concorrência para o cometimento de um mesmo crime”.

Diante da complexidade e importância de tal tema, Concurso de Pessoas, são necessários todos os requisitos acima expostos, sendo cada um deles imprescindíveis para a caracterização da ocorrência jurídica da empreitada criminosa.

1.3 CO-AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

O Código Penal em regra adota a teoria monista ou unitária, segundo a qual, ainda que haja diversos agentes e condutas, todos concorrem para o resultado de um único delito.

Entretanto, a legislação penal preocupa-se em determinar que cada um dos concorrentes responda apenas na medida de sua culpabilidade, momento em que importa determinar as figuras do autor, co-autor e partícipe.

Acerca do tema, manifesta-se Capez (2003, p. 315):

De acordo com o que dispõe nosso Código Penal, pode-se dizer que autor é aquele que realiza a ação nuclear do tipo (o verbo), enquanto partícipe é quem, sem realizar o núcleo (verbo) do tipo, concorre de alguma maneira para a produção do resultado ou para a consumação do crime.

Logo, há que se explanarem as questões e teorias inerentes tanto à figura do partícipe, quanto do autor (e co-autor).

1.3.1 Participação

Segundo a vontade do legislador, a análise dogmática do dispositivo, tem-se que a participação se limita a realização de condutas que prestem auxílio material ou moral à ocorrência do crime.

Na participação moral, o agente incute no autor a prática do delito, instigando-o leva ao cometimento do crime, sendo o liame da questão.

Conforme determina Bittencourt (2012, p. 120):

Ocorre a instigação quando o partícipe atua sobre a vontade do autor, no caso, do instigado. Instigar significa animar, estimular, reforçar uma ideia existente. O instigador limita-se a provocar a resolução criminosa do autor, não tomando parte nem na execução nem no domínio do fato; b) induzimento — induzir significa suscitar uma ideia; tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento do autor uma ideia até então inexistente.

Neste caso, tem-se que o partícipe assume o papel de instigador, reforçando uma ideia já existente na mente daquele que quer delinquir, funcionando como verdadeiro reforçador, animador do crime.

Há ainda espécie de participação na qual o agente presta auxílio material, assumindo assim o papel de cúmplice. Esse auxílio material ocorre, por exemplo, quando o agente empresta uma arma para que o autor cometa um homicídio.

Ocorre que a participação só é punível se o crime chega pelo menos a ser tentado, caso contrário não há crime, a não ser que a lei expressamente o tipifique.

1.3.2 Autoria

O autor corresponde então ao agente que comete o núcleo do tipo penal. Quanto a esta figura, a doutrina elenca algumas espécies, a saber: autoria imediata, autoria mediata, autoria colateral, autoria incerta e autoria desconhecida.

A autoria imediata corresponde à espécie regular de autoria, na qual o indivíduo executa, de maneira consciente, o verbo núcleo do tipo. Por outro lado, a autoria mediata por sua vez pressupõe a utilização de um terceiro como instrumento do crime. Este terceiro é quem executa o delito, enquanto o autor assume a figura de mandante. Ainda, este executor deverá não possuir condições de avaliar o que está fazendo ou de determinar-se de acordo com esta avaliação.

Os pressupostos de punibilidade deverão ser verificados na figura do mandante que é o autor mediato do crime e não no executor beneficiado direta ou indiretamente pelo delito.

A co-autoria é espécie de autoria na qual há uma realização conjunta, de uma ou mais pessoas, de uma mesma infração penal. Esta atuação deverá ser conjunta, consciente e desejada pelos indivíduos. É desnecessário o acordo prévio para que os indivíduos ajam como co-autores. Basta apenas que haja consciência recíproca da cooperação na ação comum.

A co-autoria não prescinde de realização da mesma conduta, mas de um liame psicológico que una os indivíduos. A contribuição material poderá ser diversa, de modo que no *inter criminis* cada agente possa ser responsável por um ato executivo diferente.

Diferente da participação, a ação dos indivíduos é toda principal. Não há condutas acessórias ou secundárias. Fazendo uma inserção da análise finalista, basta apenas que todos tenham o domínio final do fato.

Quando, no entanto, os indivíduos agirem com desígnios autônomos, objetivando e convergindo na execução de uma mesma infração penal, estar-se-á diante da autoria colateral. Esta espécie de autoria caracteriza-se pela ausência do liame psicológico entre os agentes. Não há cooperação consciente e recíproca do cometimento do crime.

1.3.2.1 Teoria ou Conceito Restritivo de autor

Esta teoria determina ser autor aquele que realiza a conduta típica definida em lei, isto é, é somente aquele que pratica o verbo-núcleo do tipo (mata, subtrai, falsifica, constrange, ameaça, etc.).

Para essa teoria, nem todo aquele que dá causa ao delito realiza o tipo penal, de modo que as espécies de participação, instigação e cumplicidade são causas de extensão ou ampliação da punibilidade.

Observe-se que realizar a conduta é objetivamente diferente de favorecer a sua prática. Deduz-se daí, que autoria e participação *stricto sensu* também devem ser distinguidas através de critérios objetivos.

Tavares (2009, p. 03) sobre o tema leciona:

O conceito restritivo de autor constitui um instrumento relevante para limitar a extensão da punibilidade, embora possa apresentar também seus inconvenientes. Como trunfo, pode-se invocar em seu favor a estrita vinculação ao princípio da legalidade, quer dizer, não se poderá incluir no âmbito da punibilidade, como autor, quem não esteja diretamente ligado à ação típica.

Jescheck *apud* Bittencourt (2012, p.102) afirma que:

O conceito restritivo de autor deve ser complementado por uma teoria objetiva de participação, a qual pode assumir dois aspectos distintos, sendo a Teoria Objetivo-formal que, embora sem negar a importância do elemento causal, destaca as características exteriores do agir, isto é, a conformidade da ação com a descrição formal do tipo penal.

Essa teoria atém-se à literalidade da descrição legal e define como autor aquele cujo comportamento se amolda ao círculo abrangido pela descrição típica e, como partícipe, aquele que produz qualquer outra contribuição causal ao fato. E, também, a Teoria Objetivo-material informando a premissa de que os tipos penais nem sempre descrevem com clareza e exatidão o injusto da ação, de modo que em alguns crimes, principalmente os de resultado, fica difícil distinguir a figura do autor e do partícipe. Seu principal objetivo era suprir os defeitos da teoria objetivo-formal quando não atribui maior periculosidade a conduta do autor em detrimento do partícipe. A teoria, no entanto, ainda peca por desconsiderar os aspectos subjetivos e a dificuldade prática de distinguir causa e condição ou mesmo de distinguir causa mais ou menos importante, pelo que foi abandonada.

1.3.2.2 Teoria extensiva ou conceito amplo de autor

Segundo esta teoria, não há distinção entre a figura do autor e do partícipe. É autor todo aquele que de alguma forma contribui para o resultado, inclusive instigadores e cúmplices.

Deste modo, autor não seria tão somente aquele que praticasse o verbo-núcleo do tipo, mas todo indivíduo que contribuísse para o resultado, não importando ainda se essa participação é relevante ou insignificante.

Segundo esta teoria, o tratamento diferenciado do partícipe constituiria causa de restrição ou limitação da punibilidade.

Esta teoria não vigora no ordenamento jurídico brasileiro, vez que ao autor e ao partícipe é assegurada punibilidade diferente, ainda que concorram para um mesmo crime.

1.3.2.3 Teoria do domínio do fato

A teoria do Domínio do Fato surge no ano de 1939 com o finalismo de Hanz Welzel. Posteriormente, no ano de 1963, o jurista alemão Claus Roxin aperfeiçoa a tese elaborada por Welzel.

A referida teoria determina que o autor delitivo não é apenas aquele que executa o verbo núcleo da conduta, mas sim todo indivíduo que detém ou pode ter em seu poder (seu domínio) o resultado final do crime, sem o qual, nada acontece, sendo verdadeira peça chave, tendo o poder inclusive de determinar ou não a execução da conduta criminosa.

Sobre o tema leciona Bittencourt (2012, p. 1215):

Trata-se de uma elaboração superior às teorias até então conhecidas, que distingue com clareza autor e partícipe, admitindo com facilidade a figura do autor mediato, além de possibilitar melhor compreensão da coautoria. Essa teoria surgiu em 1939 com o finalismo de Welzel e sua tese de que nos crimes dolosos é autor quem tem o controle final do fato. Mas foi através da obra de Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* inicialmente publicada em 1963, que a teoria do domínio do fato foi desenvolvida, adquirindo uma importante projeção internacional, tanto na Europa como na América Latina.

A espelho do que alegam os defensores desta teoria, Bittencourt leciona que nem uma tese puramente subjetiva, nem uma puramente objetiva seriam suficientes

para captar a essência da autoria, muito menos delimitar perfeitamente a linha que separa o co-autor do partícipe.

Seguindo a teoria de Roxin, aquele que figura como mandante do crime, responde como se o tivesse executado, vez que é o autor intelectual. Ele tem domínio sobre o fato.

Bittencourt (2012, p. 1215) leciona ainda:

A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica, como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata). Como ensina Welzel, “a conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige de forma planificada é o que transforma o autor em senhor do fato”. Porém, como afirma Jescheck, não só a vontade de realização resulta decisiva para a autoria, mas também a importância material da parte que cada interveniente assume no fato.

A partir do que leciona Bittencourt (2012) é possível afirmar que embora o domínio final do fato suponha um controle final (aspecto subjetivo), não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio sobre a ação.

Logo, trata-se de uma teoria objetivo-subjetiva em uma elaboração mais complexa do que as teses até então conhecidas. Admite-se aqui a figura do autor mediato elucidando a co-autoria.

Segundo Bittencourt (2012, p. 1215), a teoria do domínio do fato tem as seguintes consequências:

A realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamenta sempre a autoria; é autor quem executa o fato utilizando a outrem como instrumento (autoria mediata); é autor o coautor que realiza uma parte necessária do plano global (“domínio funcional do fato”), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum. Quando se fala então de teoria do domínio do fato, aparecem três formas de autoria, quais sejam:
Autoria propriamente dita: ou autor imediato, é o executor do núcleo do tipo;
Autoria intelectual: é quem verdadeiramente detém o domínio do fato, o planejador, mandante do delito. Em que pese não realize o verbo núcleo do tipo, responde como se o tivesse feito. É aquele que mesmo sem executar diretamente a conduta típica, possui o domínio sobre a sua execução.

Autoria mediata: o autor mediato em regra é o intelectual, é aquele, conforme já mencionado, que detém o mando e o desmando, utilizando-se de um terceiro subordinado pratica o crime.

Segundo dispõe o doutrinador, sobre o tema autoria delitiva, dentre as espécies de autoria, com a Teoria do Domínio do Fato surge uma terceira espécie de autoria, que se desdobra em duas, a intelectual e a mediata, um não se aproximando do cenário delitivo e o outro se utilizando de um terceiro como mecanismo de execução de sua vontade criminosa.

1.4 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

No plano internacional, a Teoria do Domínio do Fato, aperfeiçoada pelo professor Alemão Claus Roxin, na obra *Taterschaft und Tatherrschaft* de 1963, traduzida para o Espanhol por Gonzáles (2000) determina que “aquele que comanda a execução do crime, deverá responder como se o executor, isto porque este tem o domínio do fato criminoso”.

Tanto Welzel (1939), como Roxin (1963) corroboram, dentro da Teoria, que é autor delitivo não apenas aquele que executa o verbo núcleo da conduta delitiva, mas sim todo aquele que detém ou pode ter em seu poder (seu domínio) o resultado final do crime e conseqüentemente da conduta. Dessa forma, aquele que figura como mandante, que muitas vezes se veria livre de uma imputação e de, conseqüentemente, responder judicialmente pela sua conduta assumida pelo agente e indesejada socialmente, será responsabilizado como se tivesse executado a conduta delitiva.

No âmbito nacional, segundo Bitencourt (2012), é preciso compreender que a teoria do domínio do fato só possibilita a condenação do acusado se igualmente o fosse na ausência da tese. Tal não permitiria, por exemplo, a condenação de um superior hierárquico por atos delitivos de seu subordinado. Seria necessário que aquele desse expressamente o comando da conduta delituosa realizada por esse.

Cumprе destacar que o Direito Penal brasileiro, segundo doutrina majoritária, podendo-se citar autores como Bitencourt (2012) e Gomes (2005), não admite a responsabilização objetiva, tendo em vista que para o tema em destaque,

adota a Teoria Restritiva na espécie de Domínio do Fato, teoria esta que rechaça tal tipo de responsabilidade.

E seguindo o próprio Código Penal, de caráter finalista, como comprovam diversos artigos (18, I e II, 19, 20, 21, 29, parágrafo 2º, etc.), não acolhe a responsabilização objetiva, à exceção da “*actio libera in causa*”, ou seja, a ação livre na causa. A mera posição de liderança não é suficiente para condenar um indivíduo pelos atos de seus subordinados, e aceitar tal posicionamento jurisprudencial é colidir com os princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal.

No concurso de pessoas, onde há a junção de condutas volitivas voltadas para um mesmo objetivo criminoso, e para aplicação mais adequada da Teoria do Domínio do Fato, é preciso reconhecer a função de cada indivíduo na cena criminosa, pois cada um responderá na proporcionalidade danosa de sua conduta, segundo preconiza o artigo 29 e parágrafos do Código Penal.

O estudo da teoria em questão é de grande importância, pois, segundo Roxin (1963), sua aplicação estaria sendo feita sem observância aos princípios Constitucionais do Processo Penal, citando como exemplo, segundo o ministro Ricardo Lewandowski esta foi mal aplicada pelo Supremo Tribunal Federal em recente ação penal, tendo em vista que a um dos réus foi aplicada a teoria para condenação embasada simplesmente no fato deste réu ocupar um alto cargo na época das condutas criminosas.

Segue adiante palavras de Ricardo Lewandowski (2012), ao motivar o seu voto pela absolvição de um dos réus, na ação penal 470, não tendo entendido pela aplicação da referida teoria aqui em análise, segundo entendimento que ele teve sobre a obra de Roxin (1963):

[...]Claus Roxin, 40 anos depois de ter idealizado essa teoria, no ano de 1963, ele vai lá na Universidade de Lucerna, na aula inaugural porque essa Universidade é recém-criada, e diz o seguinte, começou a manifestar preocupação com o alcance indevido que alguns juristas e certas cortes de justiça, em especial o Supremo Tribunal Federal alemão, estariam dando a sua teoria, especialmente ao estendê-la a delitos econômicos ambientais, sem atentar que os pressupostos essenciais de sua aplicação que ele mesmo havia estabelecido, dentre os quais a fungibilidade dos membros da organização delituosa.

Nesse caso não há fungibilidade porque os réus são nominados, identificados, eles têm nome, RG, endereço, não há uma razão, a meu ver, para se aplicar a teoria do domínio do fato. Não há porque nos não estamos em uma situação excepcional, nós não estamos em Guerra, felizmente. Então Senhor Presidente, eu termino dizendo que não há

provas e que essa teoria do domínio do fato nem mesmo se chamássemos Roxin poderia ser aplicada ao caso presente. (BRASIL, 2012, *online*)

É possível observar ao final do discurso, indagações sobre a falta de provas no caso concreto para aplicação de tal teoria, pois é o que preconiza um Estado Democrático de Direito, norteado pelo Princípio do Devido Processo Legal, previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV. Dessa forma o cerceamento da liberdade individual é a última opção, só sendo concebido pela prova indubitável da autoria da conduta típica e ilícita, norteado também pelo Princípio da Legalidade e da Reserva Legal.

Desse modo, a pessoa que se utiliza de uma organização estruturalmente hierarquizada e dissociada da ordem jurídica, emitindo ordens cujo cumprimento deve ser efetivado por autores fungíveis, estes funcionando como meras engrenagens da estrutura de poder, não deve ser enquadrada na teoria do concurso de pessoas como mero partícipe, mas como autor do crime (GRECO; LEITE, 2011, p. 102).

Outro caso na jurisprudência nacional, citado aqui unicamente como exemplo, é o julgamento do inquérito 2410 pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, trazendo a preocupação na formação de um conjunto probatório para que se fundamente e se aplique a Teoria do Domínio do Fato, que segue:

Após a breve exposição deste estudo, é inevitável reconhecer que a Teoria do Domínio do Fato mostra-se uma importante teoria jurídica que pode preencher uma preocupante lacuna na sistematização do conceito de autoria no direito criminal brasileiro, podendo representar, em determinados casos, uma ferramenta de argumentação jurídica, a fim de que não ocorram incongruências imputativas.

É importante, todavia, que sejam reconhecidos, também, os fundamentos probatórios de percepção das situações sobre as quais incidem esta doutrina, uma vez que, apesar do notório esforço de Roxin, no sentido de criar critérios/requisitos básicos de sua aplicação, a Teoria do Domínio do Fato pode tornar-se lógica inquisitória, quando desprovida de coerência para com o contexto probatório dos autos, distorcendo a nobre finalidade de seu mentor.

O Direito Penal brasileiro, em que pese ter adotado, a priori, a teoria restritiva de autoria, possui, não apenas na legislação extravagante (Lei 9.034/98- Crime Organizado e Lei 9.605/98- Crimes Ambientais), mas como no próprio Código Penal (art.62, I), amostras claras de preocupação com o autor dominador/organizador das ações, o que lança espaço para a introdução nos tribunais, de modo cada vez mais frequente, a Teoria do Domínio do Fato.

A aplicação desta doutrina, desde que ponderada e alicerçada nas bases científicas que propôs Welzel e Roxin é válida e importante para abranger

determinadas situações concretas. Contribuindo para a modernização e para a consolidação efetiva da Justiça Penal.
(TRF, 5ª Região, Órgão Julgador: Pleno. Inquérito - INQ2410/PB. Desembargador Emiliano Zapata Leitão, Data do Julgamento: 05/12/2012 (BRASIL, 2012, *online*) [grifo nosso])

Em contrapartida aos posicionamentos jurisprudenciais, norteado pelo entendimento exposto por Roxin, o julgamento que a 6ª turma do STJ proferiu, corrigindo entendimento contrário a Teoria do Domínio do Fato, sobre *habeas corpus* impetrado em favor de prefeito de certo município que estava sendo acusado de desvio e apropriação de verbas públicas federais como se pode ver adiante:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DESVIO E APROPRIAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS FEDERAIS. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. PREFEITO E TESOUREIRO. EXAME DA ADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA. INICIAL QUE NÃO ATENDE INTEGRALMENTE AOS REQUISITOS DO ART. 41, DO CPP. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DOS ACUSADOS COM OS FATOS DELITUOSOS. DENÚNCIA REJEITADA.

[...]a despeito de não se exigir a descrição pormenorizada da conduta do agente, não pode o órgão acusatório deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele atribuída. O simples fato de o réu ser Prefeito do Município não autoriza a instauração de processo criminal por eventuais crimes praticados durante seu mandato, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua condição de gestor da municipalidade ou, ao menos, o domínio do fato delituoso, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva.

(STJ, 6ª Turma, HC191444/PB HABEAS CORPUS2010/0217862-8, Min. Relator Og Fernandes, Data do Julgamento:06/09/2011) (BRASIL, 2011, *online*)

Mais uma vez, pode-se observar que tal teoria havia sido aplicada de forma equivocada, responsabilizando o réu pelo fato de ocupar função de chefia, no caso prefeito, e com isso não se preocupando em estabelecer um conjunto de provas de autoria e materialidade de que este prefeito teria ocupado a função de dominador dos fatos delitivos, que houvesse proferido ordens expressas ou não para os desvios das verbas públicas federais, e que sem este, tais condutas criminosas jamais poderiam ser concretizadas, funcionando como verdadeiro autor intelectual.

2 FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se uma era de reconhecimento de direitos fundamentais e respeito à dignidade da pessoa humana. A Constituição digna-se a estabelecer os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito.

Estes princípios são também aplicáveis ao Processo Penal na medida em que reconhecem a dignidade do indivíduo. Cumpre no presente estudo estabelecer os fundamentos e valores que regem aquele, de modo a determinar como aplicação da teoria do domínio do fato possui aplicabilidade nos casos concretos.

2.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS: LIBERDADE COMO REGRA

O Estado Democrático de Direito é uma situação política e social na qual são os direitos e garantias fundamentais são plenamente respeitadas e garantidas a todos os cidadãos pelo ente estatal.

Dentre os valores fundamentais que alicerçam o Estado Democrático de Direito, destaque-se a liberdade civil.

A Constituição Federal em seu artigo 5º elenca os principais Direitos Fundamentais, dentre eles o da liberdade enquanto regra do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, destaque-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

A todo indivíduo é assegurada a liberdade para agir conforme seus próprios preceitos e decisões pessoais. Apenas será vedado a tomar uma atitude, seja ela omissiva ou comissiva, quando a lei dispuser vedando esta ação.

Além disso, a liberdade é prevista como princípio basilar dos Direitos Fundamentais, sendo que possui expressão no próprio *caput* do artigo 5º.

O que se deve verificar, baseado num Estado Democrático de Direito, obedecendo dessa forma os Princípios de Ampla Defesa e do Contraditório, num enfoque garantista, em relação ao estudo da aplicação da Teoria do Domínio do Fato é que, para caracterização da figura do autor mediato, é importante elucidar a constituição das provas no caso concreto, não podendo conceber a responsabilidade desse, através de indícios e suposições de autoria e materialidade delitiva.

Seguindo essa linha de garantismo, Lavié *apud* Moraes (2012, p. 46), afirma que:

[...] os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.

Ainda que a lei processual resguarde a ordem pública, a condenação penal não poderá advir, dentre outros motivos, do clamor popular ou de interesses políticos, mas sim das provas da autoria do delito, sob pena de violação, mais uma vez, do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, elencados pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, LV.

2.2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS: BÚSSOLA DO PROCESSO PENAL, SEGUNDO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS

O Processo Penal baseia-se em princípios e valores estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito. O respeito à liberdade e as demais garantias fundamentais estende seus efeitos também à esfera processual penal.

Dentre as consequências do processo penal na vida do indivíduo, destaca-se a limitação da sua liberdade mediante a imposição de uma pena. Logo, para que haja a restrição deste basilar fundamental, devem-se observar todos os outros valores trazidos pelo Estado Democrático de Direito.

Necessário então destacar cada um dos princípios que regem o Processo Penal Brasileiro. Cumpre frisar que eles correspondem aos valores que alicerçam a legislação processual penal.

2.2.1 Devido Processo Legal

A legislação processual determina a exata forma sob a qual deverá se desenvolver o Processo. Neste sentido, qualquer violação desta representa nulidade.

Isto porque a garantia do devido processo legal é prevista na Constituição Federal quando em seu artigo 5º, inciso LIV determina que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

A esse propósito, consoante Cintra (2001, p. 131), o devido processo legal é o “processo devidamente estruturado” mediante o qual se faz presente a legitimidade da jurisdição, entendida jurisdição como poder, função e atividade.

Logo, a qualquer indivíduo será assegurado o desenvolvimento do processo segundo o que determina a lei e nos seus exatos termos.

Destaque-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PLEITO DE ANULAÇÃO DA CONDENAÇÃO. PACIENTE ABSOLVIDO SUMARIAMENTE PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU E POSTERIORMENTE CONDENADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, EM SEDE DE APELAÇÃO. INSTRUÇÃO CRIMINAL NÃO REALIZADA. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE CONFIGURADA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO. 1. A pretendida absolvição do Paciente não é cabível nos limites estritos do habeas corpus, remédio constitucional de rito célere e de cognição sumária, pois tal providência depende do reexame aprofundado de matéria fático-probatória, sendo imprópria a via eleita. 2. No caso, o Ministério Público interpôs apelação contra a sentença que absolveu sumariamente o Paciente, acusado da prática do crime previsto no art. 155, § 4.º, inciso IV, do Código Penal, buscando sua condenação. 3. O voto-condutor do julgamento do apelo, ao dar provimento ao recurso ministerial, cerceou o direito de defesa do Paciente, inobservando os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, aplicável às insurgências penais acusatórias, visto que o Tribunal de origem condenou o Acusado nos termos da denúncia, antes mesmo da indispensável instrução criminal. Precedentes. 4. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, a fim de anular a condenação do Paciente, determinando-se a devolução dos autos ao Juízo de primeiro grau, para o prosseguimento da ação penal até seus ulteriores termos. (STJ - HC: 231623 SP 2012/0014325-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 26/11/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/12/2013) (BRASIL, 2013, *online*)

De tal princípio em análise, surgem dois outros, se apresentando como verdadeiras vertentes. A ampla defesa e a proporcionalidade do contraditório se apresentam não só como princípios constitucionais, mas também como elementos formadores do próprio Princípio do Devido Processo Legal, como garantia de que aquele que esteja submetido à persecução penal, seja ofertado todos os mecanismos de defesa e toda a possibilidade de rebater imputações criminais, em tempo razoável e proporcional à complexidade do caso concreto.

2.2 Presunção da inocência

O princípio da inocência determina que nenhum indivíduo será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (artigo 5º, inciso LVII, Constituição Federal de 1988).

Este é certamente um dos princípios mais importantes do processo penal sendo que dele decorrem outros inúmeros que serão vistos mais à frente.

O princípio da inocência não pode jamais ser relativizado. Não se pode, por exemplo, diminuir sua força quando se trata de processo contra indivíduo reincidente. O que se vê na prática, no entanto, é a estigmatização de alguns, de modo a não se respeitar totalmente o presente princípio.

Deste princípio decorre, por exemplo, a imputação do ônus da prova ao Estado.

No Processo Civil aquele que alega incumbe-se a comprovar suas alegações. No Processo Penal o único incumbido de produzir provas é a parte acusadora, no caso o Ministério Público. Isto decorre do princípio da inocência.

Analisando o tema em destaque, a aplicação da Teoria do Domínio do Fato em face à deficiência do conjunto probatório, segundo Moraes (2012, p. 108):

[...]existe a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, característica que não corrobora com o Estado Democrático de Direito.

Cumprido destacar ainda que a CF em seu artigo 5º, inciso LXIII determina que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, de modo que fica consagrado o direito ao silêncio e não autoincriminação.

A lei processual determina ainda que o silêncio não poderá ser recebido como presunção de culpa.

2.3 Princípio do juiz natural

O ordenamento jurídico determina previamente regras objetivas de competência do julgador. O princípio do juiz natural, previsto no artigo 5º, inciso LIII da Constituição Federal determina que o processo deverá ser julgado pelo juiz que a lei julgar competente.

Deste modo, é inadmissível o tribunal de exceção no Estado Democrático de Direito. Ele seria aquele constituído após a infração apenas para julgá-la. Ele é inaceitável porque configuraria violação da imparcialidade do judiciário, tanto para beneficiar quanto para prejudicar o réu.

2.4 Princípio da Subsidiariedade

Dentre os bens merecedores de maior proteção do ente estatal destaca-se a liberdade. Depois da vida, é o bem mais importante na vida do indivíduo. Neste sentido, o Estado deve agir dentro de total legitimidade para restringi-la.

Neste contexto, há diversas garantias e medidas que asseguram a liberdade do indivíduo contra as possíveis arbitrariedades do Estado como o *habeas corpus*.

Importante mencionar que a prisão, além de dever estar totalmente prevista na lei, é medida de pena. Sua ocorrência antes do trânsito em julgado da sentença condenatória deve ser tomada como exceção, no caso de uma prisão cautelar, se obedecidos os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Segundo Pacheco (2014, p.82):

Todavia, os incisos do art. 5º da Constituição Federal asseguram a liberdade de locomoção dentro do território nacional (inciso XV), dispõe acerca da personalização da pena (inciso XLV), cuidam do princípio do contraditório e da ampla defesa, assim como da presunção da inocência (inciso LV e LVII, respectivamente), e, de modo mais taxativa, o inciso LXI - da nossa Lei Maior - que constitui que "Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade

competente...”; o inciso LXV, traz que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; o inciso LXVI, estabelece que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem o pagamento de fiança; o inciso LXVII, afirma que não haverá prisão civil por dívida, exceto a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; o inciso LXVIII, prescreve que conceder-se-à habeas corpus sempre que alguém sofrer ou julgar-se ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; e também prescreve o inciso LXXV, que o Estado indenizará toda a pessoa condenada por erro judiciário, bem como aquela que ficar presa além do tempo fixado na sentença.

Neste sentido, segundo entendimento da doutrinadora, a escolha pela restrição da liberdade é medida excepcional, com caráter subsidiário, pois sendo um dos mecanismos de controle e repressão social do próprio direito penal material e formal, a exceção legal elencada dentro de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, segue entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao julgar e fundamentar a decisão sobre Habeas Corpus em face de prisão preventiva:

Ementa: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. 1. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada e com base em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal. 2. Hipótese em que a decisão de primeiro grau não apresentou argumentos idôneos e suficientes à manutenção da prisão cautelar, baseada apenas na necessidade de garantia da ordem pública, deixando de apontar elementos concretos extraídos dos autos que justificassem a necessidade da custódia, fundamentada em ilações abstratas, o que caracteriza nítido constrangimento ilegal. 3. A prisão cautelar deve ser imposta somente como ultima ratio, sendo ilegal a sua determinação quando suficiente a aplicação de medidas cautelares alternativas. No caso, a decisão impugnada não afastou, fundamentadamente, com relação ao paciente, a possibilidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, limitando-se a afirmar que nenhuma delas se revelaria suficiente para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, bem como para a conveniência da instrução criminal. O argumento genérico de que a segregação se mostra indispensável para assegurar a tranquilidade social e resguardar a credibilidade da Justiça, além de possibilitar o bom andamento da instrução criminal e assegurar eventual aplicação da lei penal, também não se mostra suficiente a ensejar a segregação cautelar, sobretudo com a possibilidade de aplicação de medidas diversas da prisão. 4. Ordem concedida para revogar a prisão do paciente, com aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, nos termos explicitados no voto (STJ - HABEAS CORPUS HC 296392, Relator: Ministra LAURITA VAZ, DF 2014/0135266-3) (BRASIL, 2014, *online*)

Corroborando com o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no que se refere à característica de subsidiariedade de medidas que restringem à liberdade, é que tais ações estatais de intervenção individual são consideradas como a última opção, a última solução.

Delimitando um dos objetivos do direito penal, Roxin (2008, p. 33) dispõe:

A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas.

Nas palavras do autor citado, vê-se o aspecto da subsidiariedade do direito penal no que diz respeito à aplicação da pena de restrição de liberdade, lembrando que em nosso ordenamento jurídico o que se tem como regra é a liberdade individual e não a sua restrição. Nessa linha de pensamento, o direito penal, com a limitação ou restrição da liberdade, funciona como a última linha de resolução de possíveis problemas sociais associado à paz e ao salutar convívio em uma sociedade civilizada e evoluída, partindo dessa forma de uma presunção social.

É compreensível, nessa linha de pensamento de subsidiariedade do direito penal que, se outros ramos de direito forem capazes de resolver certos problemas, seria desproporcional a utilização das medidas mais gravosas do direito penal.

2.5 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade determina que todo processo é público. Isto garante segurança jurídica às partes. Este princípio será relativizado, no entanto, quando houver necessidade de proteção de outros direitos que possam ser violados.

Ela será então limitada conforme o interesse social e a intimidade, conforme os casos elencados nos artigos 5º, LX, 93, IX da Constituição federal de 1988, e ainda os artigos 483, 20 e 792, parágrafo 2º do Código de Processo Penal.

Quanto ao inquérito policial, cumpre destacar que todos são sigilosos. Este sigilo, no entanto, não se estende ao advogado que poderá ter acesso a todas as provas já produzidas.

2.6 Princípio da verdade real

O princípio da verdade real determina que o Processo Penal deverá buscar a todo custo ter conhecimento acerca dos fatos que realmente aconteceram.

Neste sentido, a pena só poderá ser imposta ao indivíduo que de fato tenha cometido a infração penal e desde que fique devidamente comprovado nos autos. Cumpre ressaltar, entretanto que as provas ilícitas, por mais que levem a verdade, são inadmissíveis no Processo Penal.

No caso da análise da possível má aplicação da Teoria do Domínio do Fato, tal princípio se torna de grande importância para nortear a real posição, sendo por todos os meios de prova, daquele que figuraria como a peça indispensável para a realização de um crime, ou seja, o único responsável por delimitar as ações, a forma de atuação e a execução da empreitada criminosa, controlando toda a cena delitiva.

Segundo Bitencourt (2012), é preciso compreender que “a teoria do domínio do fato só possibilita a condenação do acusado se igualmente o fosse na ausência da tese”. Tal não permitiria, por exemplo, a condenação de um superior hierárquico por atos delitivos de seu subordinado. Seria necessário que aquele desse expressamente o comando da conduta delituosa realizada por esse.

Numa exaustiva investigação, baseando-se em provas periciais, documentais, testemunhais, é preciso constituir um corpo inabalável de provas, as quais serão responsáveis pelo nascimento da figura do autor mediato, respeitando dessa forma, os princípios da ampla defesa e do contraditório. A constituição de tal fato é tão importante para legitimar uma condenação usando esta teoria que Lopes Junior (2010), conceitua a finalidade da prova como “*obter a captura psíquica do juiz*”, de forma que este baseie sua condenação em fatos concretos, utilizando do princípio do livre convencimento motivado justamente em tais provas, e não ao bel prazer do magistrado.

2.7 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, se preocupando com a anterioridade da lei penal, determina que ninguém será condenado por fato que a lei não considere crime. E em outra vertente de tal princípio, ainda a Constituição, lecionando sobre o tema, no artigo 5º, II, dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Segundo entendimento de Moraes (2012, p. 41), em relação ao princípio da Legalidade, dispõe que:

Visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio de espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressões da vontade geral.

Tal entendimento doutrinário faz nascer uma compreensão de que tal princípio não é apenas e tão somente um direito individual, mas sim uma verdadeira garantia constitucional de caráter geral, protegendo toda a coletividade do arbítrio estatal. É fato que, em um Estado Democrático de Direitos garantidos constitucionalmente, o poder de Supremacia Estatal, ou do Interesse Público, não pode suprimir direitos e garantias individuais, sob o risco de, desrespeitando tais premissas, voltar-se a regimes outrora de caráter absolutista e autoritário.

2.3 PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

O Estado Democrático de Direito, segundo Siqueira Junior (2006, p. 49):

[...]faz refletir no direito processual o equilíbrio entre a exigência de repressão social (defesa social) e a salvaguarda dos direitos individuais, estabelecendo uma linha tênue entre liberdade individual e limite do poder público.

Sob tal problemática, surge a função jurisdicional do Estado para resolução dos conflitos sociais.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXV determina que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito".

Diante deste dispositivo constitucional, tem-se que a tutela jurisdicional é um direito fundamental de todo cidadão brasileiro.

Isto significa que todo indivíduo poderá depositar no Poder Judiciário a proteção de seus direitos quando estes estiverem sob ameaça ou até já lesionados. Importante ressaltar que além de não excluir tais questões da apreciação do Poder Judiciário, incumbe à lei garantir o acesso à Justiça a todos.

Marinoni (2004, p. 08) sobre o tema leciona:

[...]a sua importância, dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, é de fácil assimilação. É sabido que o Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como contrapartida dessa proibição, conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco tempo compreendido como direito à solução do mérito.

A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado - além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.

Diante desta perspectiva, usando-se o processo civil subsidiariamente ao processo penal, não basta apenas que o processo seja célere. É depositado na lei e em seu principal intérprete, o juiz, a responsabilidade de garantir a observância de todos os valores e direitos fundamentais trazidos pelo Estado Democrático de Direito.

Quando se transpõe esta análise ao Processo Penal, tem-se que a efetiva tutela jurisdicional garantirá segurança jurídica tanto ao Estado quanto as partes envolvidas no litígio.

A pretensão punitiva do Estado não pode tão somente atacar todo e qualquer indivíduo a esmo, mas estar baseada em provas concretas e seguras o suficiente para causar na vida daquele indivíduo que será denunciado todo o transtorno inerente a um processo criminal.

Cumprido dizer que ainda que o indivíduo processado seja inocente, todos os danos advindos de um processo serão justificados em prol da segurança jurídica e interesse coletivo. Entretanto, tem-se que a tutela jurisdicional deve ser plena, no sentido de garantir a decisão mais justa e a observância de todos os princípios e valores do Estado Democrático de Direito.

Para se alcançar uma decisão legalmente mais adequada, dentro de um anseio de prestação jurisdicional efetiva, as partes devem buscar o melhor convencimento da consciência do juiz, e para isso, não se ver melhor opção, ou melhor, mecanismo do que a melhor exposição de provas dentro do processo, obedecendo assim, o Princípio da Verdade Real.

Segundo Cintra (2009, p. 373), prova é:

[...]instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo” e segundo mesma obra, ao se referir as Ordenações Filipinas “a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões.

O que se deve verificar, baseado num Estado Democrático de Direito, obedecendo dessa forma os Princípios de Ampla Defesa e do Contraditório, num enfoque garantista, para caracterização da figura do autor mediato, que é importante elucidar a constituição das provas no caso concreto, não podendo conceber a responsabilidade daquele, através de indícios e suposições de autoria e materialidade delitiva.

Ocorre que algumas teorias deverão incidir na aplicação da lei, cabendo ao juiz bem conhecê-las para que a tutela jurisdicional seja efetiva. Para análise de tal tema, é importante ressaltar que em um Estado Democrático de Direito, citado pelo *caput* do artigo 1º da Constituição Federal, para que se verifique, no processo penal, a prestação da tutela jurisdicional efetiva, é indispensável à presença de princípios processuais constitucionais, como o da Legalidade, do Devido Processo Legal e o da Verdade Real.

No que se refere à teoria do domínio do fato, percebe-se que sua recente aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro levantou a possibilidade de ter violado diversos princípios constitucionais e processuais além, também da possibilidade de originar uma tutela jurisdicional pobre e pouco efetiva, passando por cima da presunção da não culpabilidade, da obrigatoriedade da busca pela verdade não apenas formal, mas verdadeiramente real do processo penal.

Nesse sentido, preocupando-se com a devida prestação da tutela jurisdicional efetiva, em um trecho da entrevista dada a Folha de São Paulo Roxin (2012), que será estudada mais adiante na sua íntegra, mostra sua preocupação do vínculo que o juiz tem, muitas vezes, com o clamor público:

Folha de São Paulo: A opinião pública pede punições severas no mensalão. A pressão da opinião pública pode influenciar o juiz?

Roxin: Na Alemanha temos o mesmo problema. É interessante saber que aqui também há o clamor por condenações severas, mesmo sem provas suficientes. O problema é que isso não corresponde ao direito. "O juiz não tem que ficar ao lado da opinião pública". (FOLHA DE SÃO PAULO, 2012, *online*)

Imputar a um indivíduo a figura de autor intelectual, ou mediato, pelo simples fato dele ocupar cargo de chefia e liderança, principalmente nas relações políticas, o qual, o controle de todos os atos é deveras impossível, é no mínimo uma atuação possivelmente leviana, indo de encontro a princípios constitucionais, recaindo em uma responsabilização objetiva, que, em regra, é inaceitável em nosso ordenamento jurídico.

Sobre o tema, aplicar tal entendimento à referida teoria, é estabelecer uma estagnação na busca da verdade real dos fatos no processo, pois basear uma condenação simplesmente norteadas pelo cargo que o suposto autor mediato ocupe, é, de certa forma, inverter o ônus da prova, responsabilidade esta que deriva do Estado, por meio de seus órgãos.

3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A teoria do Domínio do Fato, aperfeiçoada pelo professor Alemão Claus Roxin, determina que aquele que arquiteta a execução do crime, deverá responder como se o executor, isto porque este tem o domínio do fato criminoso.

Na Ação Penal 470, popularmente conhecida como "Mensalão", esta teoria foi aplicada e relatada em diversos votos dos Ministros julgadores do caso. Em que pese tratar-se de uma decisão proferida por membros do Supremo Tribunal Federal, vários doutrinadores teceram suas críticas em relação às fundamentações realizadas por aqueles, dentre elas a equívoca aplicação da teoria do domínio do fato e que são alvo de análises neste.

É preciso compreender que a teoria do domínio do fato só possibilita a condenação do acusado se igualmente o fosse à ausência da tese. Tal não permitiria, por exemplo, a condenação de um superior hierárquico por atos delitivos de seu subordinado, dado o simples posto de chefia. Seria necessário que aquele desse expressamente o comando da conduta delituosa realizada por esse.

No entanto, indaga-se se o Supremo Tribunal Federal compreendeu de maneira clara os ensinamentos de Claus Roxin, vez que em diversos dos votos de seus ministros, podem-se destacar fundamentações no sentido de que o superior hierárquico deveria ser condenado por suposição de participação apenas em decorrência de seu cargo.

Cumprе destacar que o Direito Penal brasileiro não admite a responsabilização objetiva, em que a mera posição de liderança não é suficiente para condenar um indivíduo pelos atos de seus subordinados.

Destaque-se a entrevista concedida por Roxin, em parte citada no capítulo anterior, à Folha de São Paulo em 19 de outubro de 2012 e publicada em 11 de novembro do mesmo ano:

Folha de São Paulo: É possível usar a teoria para fundamentar a condenação de um acusado supondo sua participação apenas pelo fato de sua posição hierárquica?

Roxin: Não, em absoluto. A pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. Isso seria um mau uso.

Folha de São Paulo: O dever de conhecer os atos de um subordinado não implica em corresponsabilidade?

Roxin: A posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta. Essa construção ["dever de saber"] é do direito anglo-saxão e não a considero correta. "No caso do Fujimori, por exemplo, foi importante ter provas de que ele controlou os sequestros e homicídios realizados".

Folha de São Paulo: A opinião pública pede punições severas no mensalão. A pressão da opinião pública pode influenciar o juiz?

Roxin: Na Alemanha temos o mesmo problema. É interessante saber que aqui também há o clamor por condenações severas, mesmo sem provas suficientes. O problema é que isso não corresponde ao direito. "O juiz não tem que ficar ao lado da opinião pública".

(FOLHA DE SÃO PAULO, 2012, *online*)

Com o histórico brasileiro de crimes políticos, cominada a carência dos serviços públicos, e sua própria prestação a população tem clamado intensamente pela punição dos responsáveis. Este clamor popular geralmente é insuflado pela mídia, que como é sabido, age de acordo com os próprios interesses.

O julgador não se pode deixar levar por estes clamores, vez que cumprindo seu papel de intérprete e julgador do direito deve sempre buscar a decisão mais justa e consonante à lei.

Compete indagar se no julgamento da Ação Penal 470, os Ministros do Supremo Tribunal Federal utilizaram equivocadamente a teoria do domínio do fato, certamente ante a ausência de provas suficientes que levassem a condenação dos acusados. Com necessidade de atender aos anseios da população, os Ministros acabaram realizando equívoca aplicação da teoria em estudo.

Usando do princípio do livre convencimento motivado, os Ministros, ante a ausência de provas, fundamentaram suas decisões na teoria do domínio do fato. No entanto, percebe-se que este encaixe, entre teoria e prática, não foi feito do modo correto pelas razões aqui já expostas.

É sabido, segundo as teorias abordadas no primeiro capítulo, que a aplicação da lei penal deverá ser feita de modo restrito, sob pena de violação dos princípios do Estado Democrático de Direito. Importante mencionar ainda que a aplicação da teoria do domínio do fato é subsidiária.

O julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470 atendeu, sem dúvidas, aos anseios da população. Houve a condenação de acusado, no caso o José Dirceu, de crimes políticos, levando à falsa sensação de que, no Brasil, finalmente impera a segurança jurídica. Mas fato é que, ante a análise minuciosa dos votos, é possível perceber que estes não observaram os princípios do contraditório nem da ampla defesa, que os Ministros agiram de forma parcial e que a Suprema Corte não agiu do modo que a lei determina, sendo que verdadeiramente, a justiça está à mercê dos clamores populares insuflados pela mídia, como bem ressalta do posicionamento de Roxin ao responder as indagações da Folha de São Paulo.

Assim, cumpre realizar uma análise dos dois posicionamentos imperantes na decisão proferida, aquele favorável à aplicação da teoria do domínio do fato no caso em tela, e o contrário.

3.1 DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A teoria do domínio do fato determina que é autor aquele que tem o domínio do delito. A palavra domínio, dentre seus significados, se mostra como a "supremacia em dirigir e governar as ações de outrem pela imposição da obediência; dominação, império".

Assim, domina o delito aquele que governa as ações daqueles que efetivamente cometem o crime. Não basta apenas a capacidade de evitar que o delito se consuma. Neste caso, estar-se-ia diante de uma possível punição por omissão. Para que fique consubstanciado o domínio do fato, o agente deve governar o cometimento do crime.

Aplica-se a teoria do domínio do fato, por exemplo, para a condenação do mandante de um crime de homicídio. Neste sentido, destaque-se o seguinte julgado:

PENAL - RECURSO INTERPOSTO POR APENAS UM DOS CONDENADOS - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PROVAS SOBRE A NÃO CONTRIBUIÇÃO DO RÉU PARA O INJUSTO PENAL - NÃO ACOLHIMENTO - DELAÇÃO REALIZADA PELOS CORRÉUS NA FASE ADMINISTRATIVA - RETRATAÇÃO CONTRADITÓRIA NA FASE JUDICIAL - CONFIRMAÇÃO DAS PROVAS INQUISITORIAIS - DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS EM JUÍZO - DEMONSTRADO NOS AUTOS QUE O APELANTE DESENVOLVEU O PLANO CRIMINOSO COM PLENO DOMÍNIO DO FATO - AUTORIA COMPROVADA - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Considerando que (a) **os corrêus confessaram a autoria do crime e delataram o apelante como sendo o mandante do crime** para os policiais militares durante a prisão em flagrante, (b) a confissão e a delação também foram reproduzidas na Delegacia da Polícia Civil, (c) a retratação realizada pelos corrêus em juízo é contraditória com os demais elementos dos autos, (d) os corrêus não apresentaram, em Juízo, explicação concreta e crível para justificar o motivo pelo qual teriam imputado injustamente o crime ao apelante na fase administrativa, e ainda, (e) a versão apresentada na fase inquisitorial se harmoniza com o contexto dos fatos, **verifica-se que o apelante realmente tinha o domínio do fato punível, razão pela qual é seu autor.** 2. **De acordo com a contemporânea teoria do domínio do fato, o agente que desenvolve o plano criminoso e passa as coordenadas do crime para os demais agentes é seu co-autor, independentemente da presença física no local em que é realizado o fato punível.**

(TJ-PR - ACR: 7005016 PR 0700501-6, Relator: Marques Cury, Data de Julgamento: 07/10/2010, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 500) (BRASIL, 2010, *online*) [grifo nosso]

Assim, como bem evidencia o julgado, o coordenador do plano criminoso, ainda que não venha a cometer o crime efetivamente, é também autor do delito.

Destaque-se do julgado que a prova utilizada para condenação foi a delação dos demais co-réus. Uma atenção importante deve ser dedicada a esta questão.

A principal prova utilizada nestes casos é a delação, é o primeiro elemento que na fase de inquérito conduz a investigação no sentido de determinar o coordenador do evento criminoso.

Entretanto, a condenação não poderá basear-se unicamente nesta prova, que na fase do inquérito, tecnicamente falando, é na verdade, elemento de informação, devendo o processo ser instruído por outros elementos probatórios sintetizados na fase judicial, acobertado de uma ampla defesa e de um contraditório, que levem a imputação do crime ao agente que comandou todo o delito.

Além disso, deve-se observar a teleologia da interpretação realizada na construção da teoria. A imputação do fato àquele que coordenou a ação criminosa se dá porque ele de fato é autor do delito na modalidade de autoria mediata.

Não se pode, por exemplo, imputar o fato criminoso à pessoa que deveria ou tivesse o dever legal de evitar que o delito ocorresse. Nestes casos deve-se punir a omissão, desde que seja punível.

O julgador deve ter em mente que é autor aquele que tem o domínio do fato, no seu sentido estrito. Domina o fato aquele que comanda e não aquele que se omite diante da sua ocorrência.

Outra possível má interpretação cometida pelo judiciário é a equívoca aplicação da teoria, criando uma espécie de "responsabilidade objetiva penal". É o que ocorreu no julgamento da Ação Penal 470 em que alguns dos acusados foram condenados pelo simples fato de exercerem função de comando dentro das empresas. Os votos convergiram no sentido de que aquele que exerce função de chefe tem o "domínio do fato".

Destaque-se parte do julgado, tomando-se como uma análise inicial, a da Ministra Rosa Werber (Ação Penal 470, p. 5.775), que em sua ementa que convergiu neste entendimento:

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, **autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra**. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final.

Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. Volta-se ao magistério do uruguaio Raul Cervini:

“En ese caso, el ejecutor es un mero instrumento ciego Del hombre de atrás y, entonces parece posible imputar la autoria mediata a éste.” (ob. cit. p. 146)

Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, **é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes**. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção juris tantum de autoria. (BRASIL, 2012, *online*) [grifo nosso]

Percebe-se que a fundamentação realizada está totalmente equivocada quanto ao teor da teoria. Não há que se falar em autoria vinculada ao poder de comando. A omissão no sentido de evitar que o resultado ocorra só poderá ser

imputada quando a lei penal expressamente o previr, caso contrário, estaremos diante de atipicidade da conduta.

Não há que se falar em autoria pelo simples fato de ser superior hierárquico daquele que cometeu a conduta delitiva, porque o suposto agente teria o dever de impedir que o resultado ocorresse. Se este dever não foi previsto em lei penal como punível, a teoria não poderá ser aplicada para sanar eventual lacuna legal.

A teoria do domínio do fato não deve ser confundida com uma responsabilização criminal objetiva, muito menos com condenação por omissão.

Para que se possa visualizar a teoria aqui suscitada, importante realizar uma análise dos votos proferidos no julgamento da Ação Penal 470, mais conhecida como mensalão.

3.2 AÇÃO PENAL 470 - ANÁLISE DOS VOTOS

Considerando o princípio do livre convencimento motivado, o juiz poderá afastar ou aproximar-se das provas constantes no processo, tomando a decisão que julgar mais adequada desde que realize a devida fundamentação.

Os votos que condenaram o acusado José Dirceu foram fundamentados na aplicação da teoria do domínio do fato, o que foi alvo de grandes críticas doutrinárias, dada a equívoca interpretação que se deu a tese.

Dentre os ministros, Ricardo Levandowski posicionou-se contra a aplicação de tal teoria, pelos motivos que serão analisados adiante. Cumpre então destacar trechos dos votos de três dos julgadores, no sentido de demonstrar a aplicação da teoria do domínio do fato no julgamento em estudo.

3.2.1 Voto - Levandowski

Destaque-se o trecho do voto do eminente ministro (Ação Penal 470, p. 4.950) posicionado contra a aplicação da teoria do domínio do fato:

Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo Parquet como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado.

No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém.

Não quero dizer com isso que tal teoria não tenha espaço em situações especialíssimas, como na hipótese de sofisticadas organizações criminosas, privadas ou estatais. Permito-me destacar, no entanto, por relevante, a criteriosa advertência feita pelo jurista Lenio Streck quanto ao uso abusivo dessa teoria, em artigo recentemente publicado sobre o tema:

“(...) Como um mantra, repete-se a teoria do ‘domínio do fato’. Já não se fala de outra coisa. (...)

(...)

(...) O que me preocupa nisso tudo é a possibilidade de vulgarização de algumas teses. Mais: talvez o mais importante nesse julgamento não seja ‘o caso’ do ‘inominável’, mas o modo como serão julgadas, no futuro, causas semelhantes no restante do Brasil.

(...)

Mas fixemo-nos no exemplo da tese do Domínio do Fato. Trata-se de uma tese complexa. (...) No plano da cotidianidade das práticas jurídicas, essa tese tem sido citada de soslaio.

(...) Mas, com certeza, uma pequena pesquisa nas suas origens pode ajudar na elucidação e na tomada de um cuidado na sua aplicação. Portanto, a pretensão destas reflexões é auxiliar na compreensão da tese. Nada mais do que isso. Vamos lá: sua origem está em Welzel, mas foi Claus Roxin quem deu a ela uma efetiva direção/especificidade. Com certeza, há razões ideológicas sustentando as posições de cada um (Welzel e Roxin), devendo ser levada em conta, ainda, a distância temporal.

[...]

Em que pesem essas limitações, muitos juristas adotam tal teoria como uma “complementação” à chamada “teoria restritiva” – dominante entre os criminalistas –, em situações excepcionais, extremas, quando se coloca em xeque o próprio Estado de Direito.

A mais abalizada doutrina, porém, rejeita quaisquer experimentalismos nesta delicada área da Dogmática Jurídica, qual seja, no Direito Penal, em que estão em jogo as liberdades fundamentais dos cidadãos.

[...]

O próprio Claus Roxin, autor que criou a citada teoria em 1963, ao proferir aula inaugural na Universidade de Lucerna, na Suíça, em 21 de junho de 2006, manifestou preocupação com o alcance indevido que alguns juristas e certas cortes de justiça, em especial o Supremo Tribunal Federal alemão, estariam dando a ela, especialmente ao estendê-la a delitos econômicos, sem observar que os pressupostos essenciais para sua aplicação - dentre os quais a fungibilidade dos membros da organização delituosa - “existem apenas no injusto do sistema estatal, no ‘Estado criminoso dentro do Estado’, assim como a Máfia e formas semelhantes de manifestação da criminalidade organizada”.

Feitas essas considerações, e analisados todos os elementos constantes dos autos, especialmente as condutas descritas na denúncia, chego à inelutável conclusão de que os fatos nela descritos não se revestem da excepcionalidade que o Parquet pretende lhes atribuir, razão pela qual tenho que a dita “teoria do domínio do fato” não comporta aplicação ao caso sob exame.

(BRASIL, 2012, *online*)

Segundo o correto entendimento do ministro, não há que se falar em condenação do acusado José Dirceu dada a ausência de provas. Além disso, o

Ministério Público não teria discriminado a conduta deste co-réu, violando assim o que dispõe o artigo 41 do Código de Processo Penal.

O ministro defende ainda que a teoria do domínio do fato seja aplicada apenas em casos excepcionais e que no julgamento da ação em tela, se fizesse apenas a apreciação das provas que foram efetivamente produzidas.

Ocorre que no caso em tela não havia provas suficientes para condenação do acusado José Dirceu, sendo que a teoria do domínio do fato foi aplicada tão somente como forma de preenchimento da lacuna probatória existente no processo.

3.2.2 Voto - Celso de Mello

Contrário ao entendimento do ministro Levandowski, o ministro Celso de Mello posicionou-se a favor da aplicação da teoria do domínio do fato. Neste sentido, destaque-se o voto proferido (Ação Penal 470, p. 4.971):

A teoria do domínio do fato, cuja formulação vem sendo progressivamente construída pela doutrina penal, tem um de seus marcos inaugurais situado no período que se segue ao término da Primeira Guerra Mundial, muito embora as reflexões em torno de seu conceito e de sua aplicabilidade tivessem merecido maior aprofundamento a partir de 1939 com Hans Welzel, que buscou desenvolvê-la no contexto da doutrina do finalismo, bem assim com outros autores voltados ao seu estudo (Richard Lange, Hans-Heinrich Jescheck, Johannes Wessels, Reinhart Maurach, Kai Ambos, “inter alios”), vindo a ser aperfeiçoada, já na década de 1960, por Claus Roxin, cuja obra (“Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2000), editada em 1963, representa notável avanço científico no trato da tormentosa questão concernente à noção de autoria em Direito Penal, posta em perspectiva e análise com as outras formas de intervenção humana no fenômeno delituoso.

O fato relevante, Senhor Presidente, é que a utilização da teoria do domínio do fato já vem sendo examinada, pela doutrina penal brasileira, há algum tempo (NILO BATISTA, “Concurso de Agentes”, 1979, Liber Juris; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas”, 1999, Saraiva, v.g.), sendo certo, ainda, que a própria jurisprudência dos Tribunais – a desta Suprema Corte, inclusive – não tem sido indiferente a essa construção teórica, mas, ao contrário, vem dela se utilizando em diversos julgados, considerando-a sob diversas perspectivas : (a) a do domínio de ação, (b) a do domínio de vontade, (c) a do domínio funcional e (d) a do domínio das organizações (ou dos aparatos organizados, tanto os aparatos governamentais quanto os aparatos empresariais).

Trata-se, em suma, de formulação doutrinária compatível com a organização política de Estados, como o Brasil, revestidos de perfil democrático e cuja aplicabilidade não supõe a ocorrência de situações anômalas ou de exceção, para lembrar, quanto a esse aspecto, observação feita pelo próprio Claus Roxin em sua conhecida monografia, cabendo enfatizar, ainda, por necessário, que essa concepção doutrinária não se coloca em relação de antagonismo com o direito penal da culpabilidade nem elide, porque inadmissível, a presunção constitucional de inocência, inerente ao nosso modelo constitucional. (BRASIL, 2012, *online*)

O ministro Levandowski em seu voto defendeu que não havia possibilidade de aplicação da teoria do domínio do fato no caso em tela, dada à ausência dos requisitos que autorizam tal entendimento.

Utilizou como argumento ainda o fato de ela só poder ser aplicada em situações excepcionais. Já o Ministro Celso de Mello então fundamentou seu voto apenas na possibilidade de aplicação da teoria ao caso, sem, no entanto, determinar de que forma o caso concreto possui recepção à tese.

De fato, há plena aplicabilidade da teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, a condenação não poderia basear-se tão somente em teses doutrinárias, mas em provas concretas, segundo estabelece, dentro do processo penal, não uma busca da verdade simplesmente formal, e sim a busca de uma verdade real, pois o que se cuida nesta seara é a liberdade individual.

3.2.3 Voto - Rosa Werber

A condenação do acusado José Dirceu teria ocorrido porque, segundo o entendimento da maioria do supremo teria entendido que por exercer cargo de chefia deteria o "domínio dos fatos" delituosos ocorridos.

A ministra Rosa Weber inclusive teria se posicionado no sentido de dizer que o exercício de função de chefia configura uma presunção *iuris tantum* de comando do crime.

Destaque-se então o trecho do voto da ministra (Ação Penal 470, p. 5.776):

Uma divisão é indispensável nesse campo, de todo aplicável ao que interessa à presente ação penal, pois há crimes que têm em seu polo ativo vários agentes, caso dos chamados crimes empresariais, em que se utiliza a pessoa jurídica para a ação delituosa. Neste processo, detectam-se as duas hipóteses. Acusam-se, v.g., José Dirceu, José Genoíno e Delúbio Soares por várias condutas típicas. Cada um merece saber o conteúdo dos fatos pelos quais há de responder no juízo penal. E isso foi respeitado na

denúncia, especificando e esclarecendo o parquet a imputação feita relativamente a cada um. O mesmo se diga quanto a Marcos Valério e seu grupo. No tocante, porém, ao Banco Rural, a descrição se limitou a dimensionar todos os atos operados por meio da referida instituição financeira, com a presumida decisão de seus administradores responsáveis. [...]

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. **Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final.**

Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. Volta-se ao magistério do uruguaio Raul Cervini:

“En ese caso, el ejecutor es un mero instrumento ciego del hombre de atrás y, entonces parece posible imputar la autoria mediata a éste.” (ob. cit. p. 146)

Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção juris tantum de autoria.

Tais considerações são feitas em função da suscitada – e rechaçada – nulidade da denúncia por não individualizar as condutas dos delitos imputados aos dirigentes à testa da empresa, especialmente do Banco Rural.

Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador.

Na hipótese sub judice, é de clareza meridiana o que a denúncia atribui ao Banco Rural, especificando todo o roteiro das atuações no sentido de desacatar as regras exigíveis no tráfico regular das operações bancárias, de modo a tipificar o crime de gestão fraudulenta. Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime. Nessa ação coletiva dos dirigentes é interessante a lição de CLAUS ROXIN sobre a configuração do domínio do fato:

“Bajo la influencia de su maestro, JAKOBS, han discutido DERKSEN y LESCH la necesidad de resolución comun del hecho de la coautoría. A su juicio, “basta una resolución de ajustarse, por médio de la cual el interviniente que no executa directamente, pero colabora configurando, enlaza su aportación con el obrar del executor”. En la acción conjunta de varias partes del hecho, estos autores llevan a cabo una imputación objetiva en la que no há de atenderse a elementos subjetivos como el de la resolución comun del hecho. No cabe compartir este planteamiento, puesto que la “comisión conjunta” requerida por la ley (§ 25.2) presupone un dominio del hecho conjunto y, por tanto, una división del trabajo consciente por ambas partes.” (Autoria y Domínio Del Hecho en Derecho Penal, Ed. Marcial Pons, 2000, Barcelona, p. 733)

Essa resolução consciente e conjunta partiu, na espécie, da direção do Banco Rural, como atesta a prova colhida. Não subsiste, pois, o argumento de que omissa a denúncia, a prejudicar a defesa. Aliás, pelos termos em que vazadas as alegações finais, denunciado algum deixou de saber com exatidão do que estava sendo acusado. A denúncia é clara quanto ao conjunto de fatos dos autores individuais e a responsabilidade pelas ações delituosas empresariais, o que se mostra suficiente ao exercício da ampla defesa. (BRASIL, 2012, *online*)

A ministra afirmou ainda que não haveria necessidade de discriminação da conduta do acusado José Dirceu, tendo em vista que por exercer função de chefia, bastava apenas que a denúncia descrevesse os crimes cometidos em razão da empresa comandada.

Analisando o voto da Ministra, repetindo parte de sua fundamentação na qual consta na citação acima (Ação Penal 470, p. 5.776):

[...]assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. (BRASIL, 2012, *online*)

Ela enquadra a possibilidade de se configurar a situação de autoria mediata e a aplicação da Teoria do Domínio do Fato, fazendo uma indagação, um questionamento que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal ou o Ministério Público conseguiram comprovar, por meio de provas cabais, quem tinha realmente o controle da organização delitiva, se sustentando unicamente em presunções no cargo que o réu ocupava na época dos fatos.

3.3 OFENSA AOS IDEAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Segundo o preceptor da teoria, Roxin *apud* Bittencourt (2012), percebe-se que os votos proferidos no julgamento estão eivados de erros, primeiramente por traduzirem de forma equivocada o que determina a teoria do domínio do fato.

Além disso, o julgamento violou diversos princípios processuais penais, como o da presunção de inocência por exemplo. No já citado voto, a ministra Rosa Weber (Ação Penal 470, p. 5.772), ainda ressalta que “nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes”. Presunção esta que, deve-se ser rechaçada pelo

ordenamento pátrio em vigor, não corroborando com o que dispõe o Código de Processo Penal e os Princípios elencados pela Constituição Federal da obrigatoriedade da busca da verdade real, esta que não se forma por presunções relativas e sim por comprovações absolutas de autoria e materialidade.

Em relação à aplicação da teoria, o doutrinador Bittencourt (2012) se posiciona:

Não fosse assim estar-se-ia negando o direito penal da culpabilidade, e adotando a responsabilidade penal objetiva, aliás, proscria do moderno direito penal no marco de um Estado Democrático de Direito, como é o caso brasileiro. Em outros termos, para que se configure o domínio do fato é necessário que o autor tenha absoluto controle sobre o executor do fato, e não apenas ostentar uma posição de superioridade ou de representatividade institucional, como se chegou a interpretar na jurisprudência brasileira. Ou, nas palavras do próprio Roxin, verbis: “Quem ocupa posição de comando tem que ter, de fato, emitido a ordem. E isso deve ser provado”. Ou seja, segundo Roxin, é insuficiente que haja indícios de sua ocorrência, aliás, como é próprio do Direito Penal do fato, que exige um juízo de certeza consubstanciado em prova incontestável. Nesse sentido, convém destacar lição elementar: a soma de indícios não os converte em prova provada, ou como se gosta de afirmar, acima de qualquer dúvida razoável. A eventual dúvida sobre a culpabilidade de alguém, por menor que seja, é fundamento idôneo para determinar sua absolvição. (CONSULTOR JURÍDICO, 2012, *online*)

Vale ressaltar ainda que o recebimento da denúncia sem a descrição detalhada dos crimes cometidos por cada um dos acusados viola o princípio do devido processo legal e da ampla defesa. É impossível se defender de fatos genéricos, que foi o que houve no caso em tela.

A própria ministra Rosa Weber justificou o recebimento da denúncia afirmando que não havia necessidade de descrição dos fatos cometido pelo co-réu, tendo em vista que a função de chefia exercida pressupunha que fossem descritos apenas os fatos cometidos em razão da empresa.

Tem-se ainda que o processo penal deve buscar a verdade real dos fatos com base em provas devidamente produzidas e não somente em suposições e filosofias doutrinárias.

Sem a comprovação da autoria, havendo somente presunções relativas da posição de dominador dos fatos, observando neste caso, a não aplicação da devida Teoria, a má aplicação se parece muito mais com mecanismo de complementação de lacunas dentro do processo, observando, dessa forma a possibilidade da analogia *in malam partem*, ou seja, em prejuízo do réu. Sobre o tema, Capez (2011,

p. 55) “a aplicação da analogia em norma penal incriminadora, fere o princípio da reserva legal, uma vez que um fato não definido em lei como crime estaria sendo considerado como tal”. Colocar a presunção de que o superior hierárquico deva ter a responsabilidade dos atos de seus subordinados e igualar esta presunção aos mandos delitivos de um chefe de organização delitiva, sem que haja provas do liame subjetivo criminoso, é, sem dúvida, a utilização de uma analogia para tentar condenar o réu.

O julgamento proferido no processo do mensalão representa enorme insegurança jurídica para o país, tendo em vista que a aplicação equivocada da teoria, em detrimento dos princípios processuais penais, abre um precedente de possíveis novas violações do Estado Democrático de Direito, e quando não se resguarda tais preceitos, a própria segurança jurídica se mostra abalada, incapaz de gerar no seio da sociedade um posicionamento linear da prestação da tutela jurisdicional efetiva. Vale lembrar que uma das funções do Direito é atender, efetivamente, os anseios da sociedade, norteado pelo legalismo jurídico, o que não se confunde em atender possíveis anseios populares ou políticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pode observar, na análise do tema aqui proposto e de suas problemáticas pontuadas, é que certos comportamentos, por parte do Estado, na função jurisdicional, devem ser fiscalizados sob uma ótica legalista, desvinculada de qualquer outro aspecto se não o jurídico, pois o direito deve subordinação tão somente aos princípios elencados e formalizados dentro de uma sociedade estruturada no positivismo e em franca compreensão da dogmática.

O direito subjetivo do Estado, para a atuação da persecução penal, titularizando o direito-dever de punir os seus administrados, não pode ser carta branca nas mãos dos intérpretes do direito, os seus julgadores. Tal atuação deve respeito às premissas do Estado Democrático de Direito, o qual estabelece a liberdade como regra, e a restrição dessa garantia, uma exceção.

A análise da aplicação da Teoria do Domínio do fato no caso da Ação Penal nº 470, diante da verificação dos aspectos legais dos votos dos ministros que julgaram o caso concreto, parte de preceitos e princípios democráticos, jurídicos e legais, delineados pela necessidade da busca da verdade real dentro do processo penal, não corroborando com aspirações políticas, morais ou de clamor públicos.

Diante da conclusão do trabalho, chegou-se ao consenso de que o uso da Teoria do Domínio do Fato para condenar um dos réus submetidos ao poder punitivo do Estado, não foi a mais adequada, colocando em risco a segurança jurídica e o próprio Estado Democrático de Direitos. Tal entendimento parte da indagação de ser a segurança da sociedade, embasado em presunções, mais importante do que o *in dubio pro reo*, princípio solidificado dentro do processo penal, pois toda a análise do trabalho gira em torno da aplicação de uma teoria alemã consubstanciada na ausência de provas contundentes, e uma relativização do convencimento dos Ministros, que se mostra apartado da motivação em relação a essa ausência probante.

Tal equívoco poderá suscitar graves erros na adoção da teoria, com o consequente enfraquecimento do princípio da presunção do estado de inocência, ou da não culpabilidade, estabelecendo que o ônus de provar as alegações imputadas é de quem acusa. Também geram prejuízos no próprio direito penal, que passaria,

se perdurar tais entendimentos equivocados, a criminalizar o simples fato de alguém participar de uma estrutura organizada com viés empresarial.

É importante ressaltar, que a má aplicação, ou a má interpretação por parte do Supremo Tribunal Federal na adoção da referida Teoria, pode levar os outros tribunais a aplicar as mesmas equivocadas decisões. O Supremo fez uma utilização própria do domínio do fato, usurpou o nome e aplicou outra coisa, fazendo um amoldamento da referida Teoria às necessidades do caso concreto.

No entanto, tal conclusão não se mostra absoluta, pois tal tema se mostra longe de estar esgotado, tendo uma característica de subjetivismo de quem aprecia os assuntos ventilados neste trabalho.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal** – Parte Geral - Volume I. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A teoria do domínio do fato e a autoria colateral**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>> Acesso em 08 jun. 2015.

BRASIL, Código Penal, 1940. **Decreto-Lei nº 2.848**, 7 de Dezembro de 1940, Artigo 29 e parágrafos, Brasília.

BRASIL, Código de Processo Penal, 1941. **Decreto-Lei Nº 3.689**, 3 de Outubro 1941, art. 41, Brasília

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do**, 1988. Brasília, 2012. Artigo 5º, inciso LV.

BRASIL, Exposição dos Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. **Lei nº 7.209**, 11 DE Julho de 1984, item 25. Brasília.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Penal n. 470/MG**. Relator, Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 22.04.2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 07 jun. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, **HC191444/PB HABEAS CORPUS2010/0217862-8**, Min. Relator Og Fernandes, Data do Julgamento: 06/09/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21079302/habeas-corpus-hc-191444-pb-2010-0217862-8-stj>> Acesso em 18 fev. 2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná - **ACR: 7005016 PR 0700501-6**, Relator: Marques Cury, Data de Julgamento: 07/10/2010, 3ª Câmara Criminal, Disponível em

<<https://www.tjpr.jus.br/acr7005016pr-3camaracriminal-tjpr>> Acesso em 02 jun. 2015.

BRASIL, Tribunal Regional Federal, 5ª Região, Órgão Julgador: Pleno. **Inquerito - INQ2410/PB**. Desembargador Emiliano Zapata Leitão, Data do Julgamento: 05/12/2012. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/boletins/jurisprudencia/arquivos/A2013_01.pdf> Acesso em 18 fev. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral: volume 1. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de direito penal**: parte geral: volume 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral: 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista liberdades**. 3º ed. São Paulo: Renovar, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Teoria da Prova**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=JLNLVezhUQE>>, 2010. Acesso em 02 jun. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PACHECO, Eliana. **Princípios norteadores do direito processual penal**. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ROXIN, Claus. **Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena?** Sobre a legitimação das proibições penais. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Roxin.pdf>. Acesso em 16 jun. 2015.

_____. **Estudos do direito penal**. Tradução por Luís Greco. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. **Autoria y dominio del hecho**. Tradução por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 7. ed. Madri-Bracelona: Marcial Pons, 2000.

FOLHA DO SÃO PAULO. **Participação no comando de esquema tem de ser provada.** 11 de novembro de 2012. Disponível em:< <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/77459-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada.shtml>>. Acesso em 01 mai. 2015.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Teoria do direito.** 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAVARES, Juarez. **Autoria e participação.** Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: http://www.juareztavares.com/Textos/apontamentos_autoria.pdf. Acesso 15 abr. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.